

En droit de la concurrence, l'année 2016 et le premier semestre de 2017 s'inscrivent dans la continuité des années précédentes. Certes, des « nouveautés » doivent être recensées mais elles ne sont finalement que la suite logique d'évolutions déjà amorcées.

§1. Droit des concentrations

Si l'Autorité de la concurrence française n'a pas prononcé de décision d'interdiction durant la période de couverture, des projets de concentrations ont cependant été abandonnés par des opérateurs qui, à la suite de discussions informelles menées avec les autorités, ont pris conscience des lourds engagements qu'ils auraient dû prendre pour obtenir une autorisation. La Commission européenne a, quant à elle, dû interdire trois opérations qui lui avaient été notifiées.

Deux affaires, toutes deux portées devant l'Autorité de la concurrence française, sont porteuses d'innovations en droit des concentrations. En premier lieu, la concentration des deux géants Fnac et Darty qui a été autorisée le 27 juillet 2016 a donné l'occasion à l'Autorité de réaliser une avancée importante dans la délimitation du marché pertinent (Aut. conc., n° 16-DCC-111, *Prise de contrôle de Darty par la Fnac*). Alors qu'elle avait toujours refusé de placer le canal de la distribution en ligne sur le même marché que celui de la distribution en dur, se contentant d'affirmer que la vente en ligne exerçait une pression concurrentielle sur la vente en dur, l'Autorité a enfin admis de placer sur le même marché les deux canaux de distribution, ceux-ci apparaissant comme substituables aux yeux du consommateur. La prise en considération de *pure players* dans l'analyse concurrentielle du marché examiné a permis d'éviter une décision d'interdiction, le nombre d'opérateurs subsistants sur le marché apparaissant alors suffisant.

En second lieu, après avoir autorisé la concentration entre Altice et SFR, une condamnation a été prononcée – et c'est une première ! – pour des faits de *gun jumping* (Aut. conc., n° 16-D-24, 8 novembre 2016, *relative à la situation du groupe Altice au regard du II de l'article L. 430-8 du code de commerce*). En l'espèce, il a été reproché à ces opérateurs d'avoir échangé des informations sensibles et d'avoir commencé à élaborer un projet commercial commun sans attendre la décision d'interdiction.

§2. Droit des pratiques anticoncurrentielles

Durant la période de couverture, le code de commerce s'est enrichi de nouveaux textes relatifs aux pratiques anticoncurrentielles. D'une part, la directive 2014/104 relative aux actions en réparation intentées du fait de pratiques anticoncurrentielles a été transposée par une ordonnance et un décret du 9 mars 2017 dont la presque totalité des dispositions viennent s'intégrer dans le code de commerce. Désormais, il devrait donc être plus facile pour les victimes d'obtenir réparation des dommages ainsi subis. On attend du renforcement de cette menace qui pèse sur les auteurs de pratiques anticoncurrentielles un fort effet dissuasif.

D'autre part, le législateur français a enrichi le droit national des pratiques anticoncurrentielles de nouvelles dispositions visant à appréhender certaines pratiques mises en œuvre dans certains secteurs d'activités. Ainsi, l'article L. 420-2-2 issu de la loi du 29 décembre 2016 sur le transport public particulier de personnes sanctionne, en tant que pratiques anticoncurrentielles, les ententes et abus mis en œuvre par des transporteurs de personnes (taxi et VTC) qui limitent la concurrence existante entre canaux de réservation et de vente (plateformes et commande « en direct »). Autre exemple, l'article L. 420-5, al. 2, issu de la loi du 28 février 2017 relative à l'égalité réelle outre-mer prévoit que la vente de denrées alimentaires dans l'outre-mer à des prix sensiblement inférieurs à ceux pratiqués dans l'hexagone peut conduire le représentant de l'État à imposer aux acteurs de la

production, de la commercialisation et de la distribution la conclusion d'accords destinés à remédier à cette asymétrie.

Cette nouvelle approche sectorielle étonne. On se demande ce qu'elle apporte réellement aux textes existants. Et, en tout état de cause, on doute que le titre II du Livre IV du Code de commerce soit le réceptacle approprié pour ces dispositions.

Au niveau européen, l'année 2016 et le début de l'année 2017 auront été marqués par la publication des résultats finaux de la grande enquête sectorielle menée par la Commission européenne dans le secteur du commerce électronique. C'est finalement dans le document de travail publié simultanément que figurent les informations les plus intéressantes car il s'y trouve des données chiffrées très utiles. En revanche, le rapport final paraît assez pauvre, au regard des attentes sur le sujet. Pour l'essentiel, on retiendra que, si le refus d'approvisionner des *pure players* opposé par la tête d'un réseau de distribution sélective ou l'interdiction faite aux distributeurs de recourir au service de places de marché sont couvertes par le règlement 330/2010, des retraits d'exemption restent possibles. Il convient cependant de signaler que, sur le second point, des hésitations sont encore permises car l'on attend la réponse de la Cour de justice à une question préjudicielle (aff. C-230/16, *Coty germany*).

Enfin, on ne peut pas omettre de signaler la très lourde condamnation de Google à une amende record de 2,42 milliards d'euros qui vient – enfin – clore une partie (seulement !) de la procédure initiée à son encontre en 2010. Est en cause le référencement prioritaire du service de comparaison de prix, Google shopping, sur le moteur de recherches Google, une pratique qualifiée d'abus de position dominante. Pour l'heure, on ne dispose que du communiqué de presse et il faudra encore attendre plusieurs mois pour pouvoir lire la décision intégrale de la Commission et savoir comment et dans quelle mesure l'objectif de préservation de la « concurrence par les mérites » a été pris en compte.

§3. Droit des pratiques restrictives de concurrence

Comme chaque année, le droit des pratiques restrictives de concurrence connaît une intense actualité jurisprudentielle. On se bornera à signaler l'arrêt de la chambre commerciale du 25 janvier 2017 qui retient que, contrairement à l'article 1171 du Code civil ou à l'article L. 212-1 du Code de la consommation, « l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce autorise un contrôle judiciaire du prix » (n° 15-23547, *Bull.* à paraître). C'est donc un véritable contrôle de la lésion qui semble autorisé sur ce fondement. Nous ne pouvons guère nous réjouir d'une telle immixtion du juge dans l'équilibre contractuel, tant elle contredit les principes fondamentaux du droit des contrats et espérons que le contexte de l'affaire (il s'agissait d'un système de remises conditionnelles dont le caractère abusif ressortait peut-être plus de leurs modalités d'attribution que de leur quantum) explique la solution.

Au niveau législatif, la loi dite Sapin 2 du 9 décembre 2016 a – comme chaque grande réforme adoptée en matière économique – apporté quelques retouches au titre IV. Ainsi, une nouvelle pratique restrictive fait son entrée dans la longue liste de l'article L. 442-6 : il s'agit du fait d'imposer des pénalités pour retard de livraison en cas de force majeure. Par ailleurs, l'amende civile prévue en cas de manquement à l'article L. 442-6 voit une composante de son plafond considérablement augmentée : il passe de 2 à 5 millions. Mais l'on sait que le juge peut également opter pour le plafond de 5% du chiffre d'affaires annuel réalisé en France.